Sygn. akt: KIO 3462/20

KIO 3515/20

WYROK

z dnia 2 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 i 28 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie**,

B. w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3462/20
po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3515/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie w zakresie zarzutu przyjęcia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie niewłaściwej stawki podatku VAT i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

2. **W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

3. **Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.**

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3462/20 obciąża zamawiającego **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** w części **1/5** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie** w części **4/5** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie** tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2.zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie** kwotę **3 720 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy).

5.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3515/20 obciążawykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 3462/20

3515/20

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie obronności i bezpieczeństwa pn. *Świadczenie usług celno- spedycyjnych na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i innych jednostek wojskowych.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp" lub „PZP". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 095-228216.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KONSORCJUM CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie, dalej „Odwołujący 1" lub „Konsorcjum Ceva", wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie, dalej „Konsorcjum DSV", pomimo tego, że Konsorcjum DSV złożyło ofertę niezgodną z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu oraz popełniło błąd w obliczeniu ceny w zakresie Części I §1 pkt 1 ppkt 2 oraz dodatkowo ppkt 3-6 „Cennika" - „Stawki frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym", gdzie Konsorcjum DSV zaoferowało stawki, które nie są stawkami za bezpośredni lub pośredni „przewóz samolotem" przesyłek skonsolidowanych (MAWB) na trasie USA - Warszawa (tj. stawkami za przewóz tych przesyłek na całej trasie wyłącznie samolotem z międzylądowaniem lub bez międzylądowania);

2.art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DSV, pomimo tego, że w Części I §1 pkt 1 ppkt 2 oraz dodatkowo ppkt 3-6 „Cennika" - „Stawki frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym" Konsorcjum DSV zaoferowało rażąco niskie ceny oraz dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu stawek dumpingowych, ponieważ nawet gdyby hipotetycznie założyć, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum DSV w Części I §1 pkt 1 ppkt 2-6 „Cennika" faktycznie dotyczą bezpośredniego lub pośredniego „przewozu samolotem" przesyłek skonsolidowanych (MAWB) na trasie USA - Warszawa (tj. przewozu tych przesyłek na całej trasie wyłącznie samolotem z międzylądowaniem lub bez), to Konsorcjum DSV nie mogłoby wykonać tej usługi bez ponoszenia straty. Koszty przewozu samolotem przesyłek skonsolidowanych (MAWB) na trasie USA - Warszawa (niezależnie od tego czy odbywa się to z międzylądowaniem czy bez międzylądowania) w rzeczywistości są bowiem znacząco wyższe od tych, które zaoferowało Konsorcjum DSV w Części I §1 pkt 1 ppkt 2-6 „Cennika";

3.art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum DSV, pomimo tego, że w Części II §5 pkt 2 „Cennika" - Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną w wywozie z Polski - Konsorcjum DSV przyjęło niewłaściwą stawkę podatku VAT, tj. stawkę VAT w wysokości 0%, podczas gdy właściwą stawką podatku VAT dla tej pozycji „Cennika" winna być stawka w wysokości 23%;

4.art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty Konsorcjum DSV, pomimo tego, że w Części II §7 pkt 3 i 4 „Cennika" dotyczących okresu składowania przesyłek w magazynie czasowego składowania wykonawcy, który to okres jest zwolniony z opłaty składowego oraz cen za składowanie przesyłek po upływie tego okresu - Konsorcjum DSV zaoferowało rażąco niską cenę oraz dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu stawki dumpingowej, ponieważ zaoferowanie stawki w wysokości 0,05 zł netto/kg/dzień składowania (tj. 0,06 zł brutto/kg/dzień składowania) przy jednoczesnym zwolnieniu z opłat składowego przez okres 60 dni uniemożliwia wykonanie tej usługi przez Konsorcjum DSV bez ponoszenia straty;

5. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 12 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DSV z postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum DSV co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. informacje udzielone przez Konsorcjum DSV w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczących pozycji Części II §7 pkt 4 „Cennika", z których wynika, że Pekao będący członkiem Konsorcjum DSV „posiada swój własny magazyn czasowego składowania w Polsce zlokalizowany przy Al. Krakowskiej 106", co ostatecznie doprowadziło do tego, że Konsorcjum DSV nie przedstawiło żadnych kosztów posiadania i obsługi tego magazynu, w tym kosztu najmu od faktycznego właściciela - Airnet Service sp. z o.o., w wyniku czego Zamawiający uznał, iż stawka zaoferowana przez Konsorcjum DSV w Części II §7 pkt 4 „Cennika" nie jest rażąco niska;

6. art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum DSV jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo tego że oferta Konsorcjum DSV powinna zostać odrzucona, zaś zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego;

ewentualnie:

7. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DSV do złożenia wyjaśnień oraz złożenia odpowiednich dowodów w trybie art. 90 ust. 1 PZP w zakresie wyliczenia cen oraz kosztów dla pozostałych pozycji Części I §1 pkt 1 „Cennika" (tj. ppkt 3-6, bez ppkt 2, tj. przedziału wagowego 50kg - 100kg, w stosunku do którego Zamawiający wystosował już takie wezwanie), pomimo tego, że wysokość tych stawek powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu Zamówienia przez Konsorcjum DSV w zakresie usług określonych w tej części „Cennika";

8. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo tego, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie w jakim w Części II §1 pkt 2 „Cennika" - Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną w wywozie z Polski - Konsorcjum DSV oraz Konsorcjum KONSORCJUM CEVA przyjęły różne stawki podatku VAT dla tożsamej usługi (tj. odpowiednio 0% oraz 23%), co zostało zaakceptowane przez Zamawiającego, podczas gdy przyjęcie takiego stanowiska powoduje, że oferty tych wykonawców są nieporównywalne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu, wykluczenie Konsorcjum DSV z postępowania, odrzucenie oferty Konsorcjum DSV oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ewentualnie wezwania Konsorcjum DSV do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu, tj. Części 1 §1 pkt 1 ppkt 3-6 „Cennika", ewentualnie unieważnienia postępowania.

W dniu 28 grudnia 2020 r. również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący 2" lub „DSV", wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 3515/20), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego niezastosowanie do oferty Konsorcjum CEVA, podczas gdy Konsorcjum CEVA w zakresie pozycji zawartej w części II §5 ust. 4 cennika tego wykonawcy zaoferowało stawkę niezgodną z wprost wyartykułowanymi założeniami zawartymi w treści SIWZ, w szczególności w uwadze do cennika nakazującej wykonawcom uwzględnienie w ramach omawianej pozycji także (i) kosztu rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanym przez operatora portu lotniczego lub morskiego, (ii) kosztu delegacji/pracy funkcjonariusza celnego wg urzędowych stawek, (iii) kosztu delegacji pracownika - jeżeli taka konieczność zaistnieje,

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez jego niezastosowanie do oferty Konsorcjum CEVA, podczas gdy Konsorcjum CEVA w zakresie pozycji zawartej w części II §5 ust. 2 cennika tego wykonawcy zaoferowało stawkę podatku od towarów i usług (VAT) niezgodną z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług („ustawa o VAT"), co skutkowało tym, że wskazana cena obarczona jest błędem, którego nie sposób poprawić na gruncie obowiązujących przepisów PZP,

3. art. 8 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące brakiem udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień przedłożonych przez Konsorcjum CEVA stanowiących odpowiedzi tego wykonawcy na wezwania z 11 grudnia 2020 r. o nr (1) IU/ZZZ/12457/20, (2) IU/ZZZ/12458/20 oraz (3) IU/ZZZ/12459/20, podczas gdy Konsorcjum CEVA nie wykazało spełnienia przesłanek uprawniających tego wykonawcę do zastrzeżenia w całości udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień, a w szczególności nie wykazało w jakikolwiek sposób konieczności utajnienia całych dokumentów, wartości gospodarczej informacji zawartych w tych dokumentach ani działań podjętych w celu ochrony informacji podlegających zastrzeżeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: odrzucenia oferty Konsorcjum CEVA złożonej w postępowaniu, ujawnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum CEVA w odpowiedzi na wezwania z 11 grudnia 2020 r. o nr (1) IU/ZZZ/12457/20, (2) IU/ZZZ/12458/20 oraz (3) IU/ZZZ/12459/20.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3462/20) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia**:** CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie (sygn. akt KIO 3515/20).

Pismami z dnia 20 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania KIO 3462/20 w całości, a w zakresie odwołania 3515/20oświadczył, iż uwzględnia ww. odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia Odwołującemu 2 wyjaśnień złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum CEVA, stanowiących odpowiedzi Konsorcjum CEVA na wezwania z 11 grudnia 2020 r. o nr IU/ZZZ/12457/20 oraz IU/ZZZ/12458/20.

Przystępujący po stronie Zamawiającego, Konsorcjum CEVA, złożył na posiedzeniu oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnionego przez Zamawiającego zarzutu przedstawionego w odwołaniu. Równocześnie Konsorcjum Ceva w piśmie procesowym z 20 stycznia 2021 r. wyraziło zgodę na odtajnienie wyjaśnień o nr IU/ZZZ/12459/20 odnoszących się stawki podatku VAT w Części II §5 ust. 2 Cennika.

Przystępujący złożyli pisma procesowe odpowiednio 15 oraz 20 stycznia 2021 r., wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie o sygn. akt KIO 3462/20 zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu przyjęcia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie niewłaściwej stawki podatku VAT, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 3515/20 zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania, informacji Zamawiającego o wyborze ofert najkorzystniejszych. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych Przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 oraz 28 stycznia 2021 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie. Co do przedłożonej opinii przez DSV, Izba potraktowała ją jako stanowisko własne uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w dokumencie prywatnym.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług celno-spedycyjnych na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i innych jednostek wojskowych. Zgodnie z § III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ", przedmiotem zamówienia są usługi celno-spedycyjne, których przedmiotem będzie sprzęt wojskowy w tym jego części, komponenty i podzespoły, importowane lub wywożone na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i jedenastu jednostek wojskowych (Zamawiający przewiduje możliwość rozszerzenia ilości jednostek obsługiwanych o nie więcej niż trzy), wskazanych w umowie ramowej. Przedmiotem usług, o których mowa w ust. 1, będą w szczególności: 1) towary, którymi obrót jest ograniczony w różnym zakresie i z różnych przyczyn na podstawie międzynarodowych porozumień lub umów dwu-/wielostronnych oraz przepisów prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub państw obcych - w tym towary: a) o znaczeniu strategicznym, będące produktami podwójnego zastosowania lub uzbrojeniem, o których mowa w art. 3 pkt 1-3 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z za granicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 509); b) zawierające informacje niejawne — w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 742), należące do kategorii „materiałów" określonych w art. 2 pkt 4 tej ustawy, do klauzuli „tajne" włącznie, lub równoważnej klauzuli wyrażonej w innym języku, bez możliwości dostępu do zawartych w nich informacji niejawnych (opisane także w rozdz. 7 załącznika nr 1 do SIWZ); c) towary niebezpieczne w przewozie, określone w przepisach międzynarodowych: DGR, ADR lub IMO, w tym amunicja i materiały pirotechniczne klas od 1.1 do 1.4. d) wymienione w lit. a-c, należące — na podstawie regulacji prawnych USA — do materiałów „kontrolowanych" (ang.: controlled items), w tym: materiały wrażliwe z uwagi na rozpowszechnianie (ang.: sensitive), broń konwencjonalna, amunicja i materiały wybuchowe (ang.: arms, ammunition and explosives), niejawne (ang.: classified), urządzenia ochrony kryptograficznej (COMSEC).

Zgodnie z § III ust. 4 SIWZ Zleceniodawcy będą w Polsce udzielali Wykonawcy zleceń spedycyjnych, na podstawie umo ramowej, w imieniu własnym, przy czym: Odprawy celne, wywozowe i przywozowe, na obszarze celnym Ur Europejskiej, będą dokonywane: 1) zasadniczo na terytorium Polski: a)
w urzędach celnych przywozu i wywozu, właściwych dla: - siedzib Zleceniodawców (importerów/eksporterów przesyłek), lub jednostek wojskowych, będących odbiorcami/nadawcami przesyłek, lub - portów lotniczych, morskich, lub - innych przejść granicznych; b) poza miejscami odpraw celnych, w miejscach uznanych przez urząd celny (w jednostkach wojskowych) — w przypadku niektórych kategorii przesyłek sprzętu wojskowego lub materiałów niebezpiecznych w przewozie; 2) sporadycznie w urzędach celnych innych państw należących do Unii Europejskiej.

Zgodnie z § III ust. 5 SIWZ 1) zlecenia wystawiane przez IU będą udzielane w imieniu IU, na rzecz własną i innych jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w wyjątkowych przypadkach także poza jej granicami, w ramach różnych procedur celnych, realizowanych w urzędach celnych wymienionych w ust. 4; 2) zlecenia wystawiane przez pozostałych Zleceniodawców, tzn.: 31 BLT, 32 BLT, 33 BLTr, I RBLog, 2 RBLog, 3 RBLog, 18 WOG, JW 2305, JW 4724, KPW GDYNIA i 4 RBLog — będą udzielane zwykle na rzecz własną tych jednostek, przy czym umowa ramowa nie wyklucza możliwości udzielania przez nich zleceń na rzecz innych jednostek resortu obrony narodowej.

Zgodnie z Uwagą znajdująca się pod § III ust. 5 SIWZ opis czynności zlecanych bądź wykonywanych przez Zleceniodawców, zawarty w ust. 4-5, ma charakter orientacyjny, dotyczy towarów i sytuacji typowych; może on ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, w zależności od charakteru przesyłek i bieżących zadań wykonywanych przez Zleceniodawców.

Zgodnie z § IV SIWZ umowa zawarta w niniejszym postępowaniu będzie umową ramową. Umowa zostanie zawarta z jednym wykonawcą. Umowa będzie dotyczyć usług dokonywanych na podstawie zleceń spedycyjnych realizowanych w okresie 48 miesięcy.

Zgodnie z § X SIWZ sposób obliczenia ocen cząstkowych oraz szczegółowe wyjaśnienia przedstawiono w „Kryteriach oceny oferty", stanowiących załącznik nr 4.

Zgodnie z § IX SIWZ cenę oferty (oferowane stawki) należy określić w wysokości netto i brutto (z podatkiem od towarów i usług VAT), zgodnie ze wzorem „Cennika", podanym w załączniku nr 2 do SIWZ. Izba ustaliła, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ stawki podatku VAT.

Oferowane stawki muszą zawierać wszystkie należności związane z wykonaniem danej usługi, które Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić Wykonawcy w związku z wykonaniem zlecenia spedycyjnego, w tym opłaty i dopłaty, które Wykonawca obowiązany będzie ponieść w ramach danej usługi - o ile nie wyłączono ich w treści „Cennika" lub innych częściach umowy ramowej.

Zgodnie z Częścią I §1 Cennika Stawki FRACHTU LOTNICZEGO W TRANSPORCIE MIĘDZYNARODOWYI należało podać stawkę netto oraz brutto: 1. Za przewóz samolotem, na trasie … (lotnisko/lotniska znajdujące się na terytorium kontynentalnym Stanów Zjednoczonych) - Warszawa, przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto: 1) od 0 kg do 50 kg włącznie, 2) od ponad 50 kg do 100 kg włącznie, 3) od ponad 100 kg do 300 kg włącznie, 4) od ponad 300 kg do 500 kg włącznie, 5) od ponad 500 kg do 1000 kg włącznie, 6) powyżej 1000 kg. 2. Za przewóz samolotem na trasie Warszawa - (lotnisko/lotniska znajdujące się na terytorium kontynentalnym Stanów Zjednoczonych), przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto: 1) od 0 kg do 50 kg włącznie, 2) od ponad 50 kg do 100 kg włącznie, 3) od ponad 100 kg do 300 kg włącznie, 4) od ponad 300 kg do 500 kg włącznie, 5) od ponad 500 kg do 1000 kg włącznie, 6) powyżej 1000 kg.

3.Uwaga: Stawki frachtowe oferowane w ust. 1-2, mają następujące cechy:

1)są wyrażone w USD na trasie: USA — Polska, a w PLN na trasie: Polska - USA;

2)w przywozie z USA do Polski obejmują wszystkie koszty związane z przemieszczeniem towaru z magazynu lotniskowego w USA do magazynu czasowego składowania portu lotniczego w Warszawie, wszystkie koszty obsługi terminalowej (ang.: terminal handling charges) w USA, oraz wszystkie opłaty i dodatki linii lotniczej w tym m.in. opłaty bezpieczeństwa, paliwowa;

3)w wywozie z Polski do USA obejmują wszystkie koszty związane z przemieszczeniem towaru z magazynu czasowego składowania portu lotniczego w Polsce do magazynu lotniskowego w USA, wszystkie koszty obsługi terminalowej (ang.: terminal handling charges) w Polsce i w USA, oraz wszystkie opłaty i dodatki linii lotniczej w tym m. in. opłata bezpieczeństwa, paliwowa;

4)dotyczą towarów drobnicowych, nie będących: materiałami niebezpiecznymi według przepisów konwencji międzynarodowych: ADR, IMO lub DGR, towarami łatwo psującymi się, przesyłkami wartościowymi, żywymi zwierzętami, ani sprzętem kryptograficznym (ang.: CCI) lub niejawnym (ang.: classified);

5)dotyczą przewozów przez kraje nie objęte konfliktem wojennym;

6)w transporcie lotniczym za podstawę zapłaty za fracht przyjmuje się wagę brutto towaru, podaną w lotniczym liście przewozowym (MAWB, HAWB), jako waga płatna, wyrażoną w kilogramach, albo przeliczoną na kilogramy z objętości wg wzoru: kg(vol.) długość [cm] x wysokość] [cm] x szerokość [cm] /6000, jeśli tak obliczona waga jest wyższa od rzeczywistej wagi brutto;

7)zakłada się, że stawki frachtowe w transporcie międzynarodowym są objęte zerową stawką podatku VAT (czyli nie przewiduje się np. przywozu towarów z przeznaczeniem do składu celnego).

Zgodnie z Częścią II §5 ust. 2 i 4 Cennika należało podać koszt netto oraz brutto:

2.Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną —w wywozie z Polski (w tym : opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie)

Uwaga: (a) Przez „przedstawienie do odprawy celnej" rozumie się czynności agenta celnego polegające na przyjęciu od zleceniodawcy oraz przesłaniu władzom celnym kompletu dokumentów do odprawy celnej, a także prowadzenia korespondencji związanej z tymi czynnościami.

(b)Przez „odbiór/nadanie przesyłki" rozumie się wszelkie czynności biurowe spedytora i operacje przemieszczania towaru wykonywane przez spedytora - w celu obsługi tej przesyłki.

(c)Stawki oferowane w niniejszym ustępie nie obejmują (i) kosztów dojazdu agenta celnego do miejsca odprawy poza oddziałem celnym właściwym dla Warszawy lub dla siedziby Wykonawcy oraz pobytu w takim miejscu — które są rozliczane na zasadach zgodnych z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej, (ii) „terminal handling" w Polsce, dokonywanego przez podmiot obsługujący port lotniczy lub morski (jak np. obsługa dokonywana przez operatora LS Airport Services Sp. z o.o. w terminalu Cargo portu lotniczego na Okęciu w Warszawie), (iii) opłat ujętych w §7.

4.Rozliczenie kosztów Wykonawcy związanych z rewizją/kontrolą bezpieczeństwa przesyłki (niezależnie od jej wagi)

Uwaga:(i) koszt rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanym przez operatora portu lotniczego lub morskiego (poza magazynem Wykonawcy) wg cennika operatora, (ii) koszt delegacji/pracy funkcjonariusza celnego wg urzędowych stawek, (iii) Jeśli w trakcie rewizji w ww. magazynie portowym jest niezbędna obecność delegowanego przedstawiciela Wykonawcy — wg kosztów delegacji tego przedstawiciela, które są rozliczane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej.

Zgodnie z §7 Opłaty za SKŁADOWANIE i PRZEŁADUNEK PRZESYŁEK W MAGAZYNACH CZASOWEG SKŁADOWANIA W POLSCE

1.Przesyłki składowane w magazynie czasowego składowania należącym do portu lotniczego lub morskiego na terytorium Polski są wolne od opłat składowego przez ilość dni określoną w regulaminie tego portu, a po tym terminie są składowane wg stawek cenników ww. magazynów i rozliczane ze Zleceniodawcą bez naliczania marży Wykonawcy.

2.Stawka za przewóz / handling przesyłek, dokonywany między magazynem czasowego składowania należącym do Portu Lotniczego w Warszawie, a magazynem czasowego składowania należącym do Wykonawcy, znajdującym się w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy (w tym zabezpieczenie przesyłki pod

nadzorem celnym o ile wymagane) oraz handling w magazynie Wykonawcy (netto brutto PLN/kg)

3.Przesyłki składowane w magazynie czasowego składowania należącym do Wykonawcy są wolne od opłat składowego przez:

— pierwsze … dni (jeżeli magazynem Wykonawcy jest magazyn LS są to dni dodatkowe), licząc od następnego dnia po przywiezieniu przesyłki z magazynu portu lotniczego, o którym mowa w ust. 1, bez względu na wagę przesyłki.

4.Składowanie przesyłek po okresie wymienionym w ust. 3 dla przesyłek standardowych i HAZMAT: netto brutto PLN/kg/dzień składowania

5.Za załadunek / rozładunek przesyłek o wadze rzeczywistej powyżej lkg, po odprawie celnej , w celu ekspedycji przesyłki - nalicza się następującą stawkę (opłata jednorazowa bez względu na magazyn przechowywania): (netto brutto PLN/kg)

Zgodnie z §11 USŁUGI NIE UJĘTE W CENNIKU

Za usługi, których stawek nie ujęto w Cenniku, będzie naliczana następująca marża od kwoty netto uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, zgodnie z podrozdz. 11.1 ust. 2 pkt 3 Umowy ramowej: … %.

Zgodnie z Podrozdziałem 6.4 ust. 1 pkt 1 IPU (załącznik nr 1 do SIWZ) w całym okresie realizacji Umowy, w zakresie przesyłek jawnych, Wykonawca będzie dysponował w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy: magazynem czasowego składowania (w rozumieniu obowiązujących przepisów celnych), umożliwiającym składowanie przesyłek jawnych, mającym odpowiednie wyposażenie w sprzęt przeładunkowy i odpowiedni system zabezpieczeń w celu ochrony powierzonych towarów, w którym możliwe jest także świadczenie usług w zakresie pakowania, paletyzowania i konsolidacji przesyłek, oraz infrastrukturą biurową, odpowiednio wyposażoną w sprzęt biurowy, umożliwiającą dokonywanie odpraw celnych, wymianę korespondencji drogą elektroniczną i dochodzenie roszczeń w imieniu Zleceniodawców, jakie mogą wyniknąć w trakcie realizacji Umowy, z tytułu utraty lub uszkodzenia ładunku.

Zgodnie z Podrozdziałem 11.2 ust. 2 pkt 4 lit a) IPU – dokumenty przedstawione do zapłaty przez Wykonawcę: Do faktury VAT/e-faktury Wykonawca dołączy dokumenty stanowiące podstawę wystawienia faktury i dokonania odprawy celnej (odpowiednio do sposobu przewozu i rodzaju odprawy, określonych w zleceniu spedycyjnym), a w szczególności: w obrocie z krajami spoza Unii Europejskiej, dodatkowo do dokumentów wskazanych w pkt. 1) i odpowiednio w pkt 2) albo 3), następujące dokumenty:

a)dla różnego rodzaju odpraw ostatecznych lub czasowych (wywozowych lub przywozowych) — elektroniczny dokument dokonania odprawy celnej, albo równoważny mu aktualnie obowiązujący dowód odprawy celnej (wskazany w podrozdz. 8.2 ust. 3 lub podrozdz. 8.3 ust. 3), w tym:

i.w przywozie - komunikat „Poświadczone zgłoszenie celne" (ZC299), w postaci wydruku z celnego systemu elektronicznego, lub równoważny dokument — potwierdzający zwolnienie towaru do procedury,

ii.w wywozie — komunikat IE 599, w postaci wydruku z celnego systemu elektronicznego, lub równoważny dokument — potwierdzający ostatecznie fakt wyprowadzenia towaru poza obszar celny Unii Europejskiej.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z 27 listopada 2020 r. udzielił odpowiedzi na pytania nr 37 do SIWZ, w ramach którego jeden z wykonawców zwrócił uwagę Zamawiającemu, że na potrzeby lepszej porównywalności ofert warto byłoby w cenniku ustalić jeden stały port lotniczy w USA, tak żeby wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wycenili to samo połączenie lotnicze na linii Polska-USA (np. Warszawa – Nowy Jork). W przeciwnym razie wykonawcy będą wyceniali połączenia pomiędzy różnymi lotniskami na terenie USA, a ich oferty będą przez to nieporównywalne (podobnie jak nieporównywalne może być połączenie lotnicze i połączenie mieszane – przyp. Przystępującego). W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał, że z jego strony jest brak woli ograniczania konkurencji, ponadto Zamawiający kieruje się w postępowaniu, wynikającą z przepisów ustawy o finansach publicznych i ustawy Prawo zamówień publicznych, koniecznością uzyskania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Po przeprowadzeniu badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do drugiego etapu postępowania zostało zaproszonych dwóch wykonawców, tj. Konsorcjum CEVA oraz DSV. Ostatecznie wykonawcy ci zdecydowali się na złożenie ofert w Postępowaniu.

DSV do oferty załączył cennik gdzie wskazał poszczególne stawki, w tym m.in. w:

a.Części I §1 pkt 1 ppkt 2 i ppkt 3-6 „Cennika" - „Stawki frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym Część I. FRACHT/PRZEWOŹNE § 1. Stawki FRACHTU LOTNICZEGO W TRANSPORCIE MIĘDZYNARODOWYM: 1. przewóz samolotem, na trasie Nowy Jork (JFK)/Newark (EWR) (lotnisko/lotniska znajdujące się na terytorium kontynentalnym Stanów Zjednoczonych) - Warszawa, przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto:

	netto	brutto	
1) od 0 kg do 50 kg włącznie:	140,00	140,00	[USD]
2) od ponad 50 kg do 100 kg włącznie:	2,65	2,65	[USD/kg]
3) od ponad 100 kg do 300 kg włącznie:	2,35	2,35	[USD/kg]
4) od ponad 300 kg do 500 kg włącznie:	2,20	2,20	[USD/kg]
5) od ponad 500 kg do 1000 kg włącznie:	2,20	2,20	[USD/kg]
6) powyżej 1000 kg	2,20	2,20	[USD/kg]

b.Części II §5 pkt 2 „Cennika" - „Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną w wywozie z Polski': 2. Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną -w wywozie z Polski (w tym: opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie) 150,00 netto 150,00 brutto [PLN]

c.Części II §7 pkt 3 i 4 „Cennika" dotyczących okresu składowania przesyłek w magazynie czasowego składowania wykonawcy, który to okres jest zwolniony z opłaty składowego oraz cen za składowanie przesyłek po upływie tego okresu: 3. Przesyłki składowane w magazynie czasowego składowania należącym do Wykonawcy są wolne od opłat składowego przez: - pierwsze 60 dni (jeżeli magazynem Wykonawcy jest magazyn LS są to dni dodatkowe), licząc od następnego dnia po przywiezieniu przesyłki z magazynu portu lotniczego, o którym mowa w ust. 1, bez względu na wagę przesyłki. 4. Składowanie przesyłek po okresie wymienionym w ust; 3 dla przesyłek standardowych i HAZMAT: 0,05 netto 0,06 brutto

[PLN]/kg/dzień składowania.

Konsorcjum Ceva do oferty załączył cennik, gdzie wskazał poszczególne stawki, w tym m.in. w: Części II §5 pkt 2 „Cennika" - „Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną w wywozie z Polski': 2. Koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną -w wywozie z Polski (w tym: opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie) 90,00 netto 110,70 brutto [PLN], a w Części II §5 pkt 4 „Cennika" - Rozliczenie kosztów Wykonawcy związanych z rewizją/kontrolą bezpieczeństwa przesyłki (niezależnie od jej wagi) – 15,75 zł netto 19,37 zł brutto.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2020 r. wezwał do złożenia wyjaśnień Konsorcjum DSV, w odniesieniu do wskazanych stawek „Cennika", w kontekście: rażąco niskiej ceny: wskazanej w Części I § 1 pkt 2 cennika stawki w wysokości 2,65 USB/kg w ramach FRACHTU LOTNICZEGO W TRANSPORCIE MIĘDZYNARODOWYM za przewó samolotem, na trasie Nowy Jork (JFK)Newark (EWR) - Warszawa, przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto od ponad 50 kg do 100 kg włącznie oraz wskazanej w Części II § 7 pkt 4 w ramach opłat za SKŁADOWANIE i PRZEŁADUNEK PRZESYŁEK W MAGAZYNACH CZASOWEGO SKŁADOWANIA W POLSCE opłaty w wysokości 0, (netto)/0,06 (brutto) zł/kg/dzień składowania za składowanie przesyłek po okresie wymienionym w ust.3 dla przesyłek standardowych i HAZMAT.

Równocześnie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do DSV o wyjaśnienie treści oferty w zakresie wskazanego w Części II § 5 pkt 2 w ramach kosztów CZYNNOŚCI CELNO-SPEDYCYJNYCH na terytorium Polski kosztu w wysokości 150,00 (netto)/ 150,00 (brutto) PLN wszystkich czynności związanych z odprawą celną - w wywozie z Polski (w tym; opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie). Mając na względzie, że ww. koszt w zakresie wartości (netto) i ceny (brutto) jest jednakowy, Zamawiający prosił o wskazanie przyczyn podania jednakowych stawek netto/brutto.

DSV wyjaśnił odnosząc się do stawki wskazanej w części I §1 ust. 2 cennika w wysokości 2,65 USD/kg w ramach frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym za przewóz samolotem na trasie Nowy Jork (JFK)/Newark (EWR) Warszawa, przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto od ponad 50 kg do 100 kg włącznie, że*na potrzeby ustalenia omawianej stawki (jak i innych stawek w ramach frachtu lotniczego) przedstawiciel wykonawcy na terenie USA tj. DSV Air & Sea Inc. (działający na zlecenie wykonawcy) wystąpił do wielu na stałe współpracujących z nim przewoźników lotniczych oferujących swe usługi w powyższym zakresie. W odpowiedzi na wskazane powyżej szerokie rozeznanie rynku DSV Air & Sea Inc. pozyskał szereg ofert. Wśród nich najkorzystniejszą dla omawianej stawki cennika wykonawcy była otrzymana w dniu 1 grudnia 2020 r. oferta od przewoźnika lotniczego AiwFrance-KLM, z której wynika,że koszty frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym na trasie Nowy Jork (JFK)/Newark (EWR) — Warszawa za pośrednictwem tego przewoźnika w omawianej stawce będą kształtowały się na poziomie 2,26 USD/kg — 2,45 USD/kg, a dodatkowo do tej opłaty należy doliczyć koszt kontroli bezpieczeństwa (tzw. screening) wysokości 0,15 USD/kg.*

Na potwierdzenie powyższego przedłożył korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy przedstawicielem DSV Air Sea Inc. a przedstawicielem przewoźnika lotniczego Air France-KLM z 1 grudnia 2020 r., gdzie wskazano*Najlepiej będzie zarezerwować Twoje przesyłki on-líne poprzez My Cargo (nazwa własna systemu komputerowego) i system zaoferuje ci miejsce na każdą przesyłkę (lub możesz skontaktować się z naszą obsługą dokonująca wycen)* (…) *stawki ofertowe dla przesyłek od 45 kg wzwyż mieszczą się od 2,26 USD/kg do 2,45 USD/kg doliczając kontrolę bezpieczeństwa w kwocie 0,15 USD/kg. Mamy połączenia samochodowe z CDG w poniedziałki oraz za pomocą KL w czwartki i niedziele.*

Dalej DSV wyjaśnił, że *z zestawienia kwot wskazanych powyżej oraz cennika wykonawcy złożonego w postępowaniu wynika, że na tej konkretnej pozycji wykonawca poniesie koszt w wysokości 2,41 USD/kg — 2,60 USD/kg a tym samym zysk wykonawcy w przypadku tej konkretnej pozycji będzie kształtował się na poziomie od 0,24 USD/kg do 0,05 USD/kg.*

Odnosząc się do stawki wskazanej w części II §7 ust. 4 w ramach opłat za składowanie i przeładunek przesyłek w magazynach czasowego składowania w Polsce opłaty w wysokości 0,05 (netto) / 0,06 (brutto) zł/kg/dzień składowania przesyłek po okresie wymienionym w ust. 3 dla przesyłek standardowych i HAZMAT, DSV podkreślił, że*niniejsza stawka odnosi się wyłącznie do opłaty za składowanie przesyłek po okresie wskazanym w części II §7 ust. 3 cennika i została ustalona w ramach konsorcjum wykonawcy z uwzględnieniem faktu, że członek tego konsorcjum (Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z O.o.) posiada swój własny magazyn czasowego składowania w Polsce zlokalizowany w Warszawie przy Al. Krakowskiej 106. Na podstawie zawartej przez członków konsorcjum Wykonawcy umowy z dnia 27 listopada 2020 r. strony ustaliły, że za wszelkie operacje w ramach magazynu czasowego składowania w Polsce (nie tylko składowanie, ale i przeładunek), które będą realizowane na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, będzie odpowiedzialna Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. W ramach rozliczeń pomiędzy członkami Konsorcjum Wykonawcy, Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. otrzyma w ramach wynagrodzenia za realizację umowy z Zamawiającym w zakresie wskazanym powyżej wynagrodzenie w wysokości 500 zł netto miesięcznie, niezależnie od liczby przesyłek składowanych i przeładowywanych w magazynie czasowego składowania należącym do Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. W dalszej kolejności Wykonawca uwzględnił, że członek jego konsorcjum (Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o.) a zatem i całe konsorcjum, nie będzie ponosiło jakichkolwiek dodatkowych kosztów związanych z wykorzystaniem magazynu czasowego składowania na potrzebę realizacji umowy dla Zamawiającego. Po drugie, Wykonawca przewidział stosunkowo długi okres wolny od składowego wskazany w części II §7 ust. 3 cennika tj. 60 dni. Z informacji posiadanych przez Wykonawcę wynika także, że bardzo rzadko zdarza się sytuacja, kiedy przesyłka znajdowałaby się na terenie magazynu czasowego składowania dłużej niż 30 dni. Tym samym, należy przyjąć, że zastosowanie w praktyce stawki wskazanej w części II §7 ust. 4 cennika Wykonawcy wydaje się mało prawdopodobne. Bez względu jednak na powyższe, Wykonawca z daleko posuniętej ostrożności, oszacował takie niezbędne koszty w tym zakresie. Swoje szacunki Wykonawca oparł na danych ze zleceń realizowanych na rzecz Zamawiającego (przy uwzględnieniu mniejszej liczby podmiotów obsługiwanych) przez UTI Poland Sp. z o.o. (spółka z grupy kapitałowej lidera konsorcjum Wykonawcy) w okresie od stycznia 2019 r. do listopada 2020 r. Z informacji tych wynika, że średni miesięczny wolumen w imporcie wynosi 7.046 kg. Uwzględniwszy, że dane te pochodzą ze zleceń realizowanych na rzecz mniejszej liczby podmiotów (6) niż zakłada to umowa, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia Postępowania (12-15), Wykonawca przyjął, że średni miesięczny wolumen w imporcie co najmniej się podwoi (7.046 kg x 2 14.092 kg). W związku powyższym, obsługa 1 kg wedle ustalonej stawki wynagrodzenia z Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. szacowana jest na poziomie 500 zł netto / 14.092 kg — 0,035 zł netto / 1 kg. W powyższej kwocie Wykonawca uwzględnił wszystkie czynności wykonywane na terenie magazynu czasowego składowania w Polsce, które zgodnie z umową konsorcjum z dnia 27 listopada 2020 r., będzie wykonywała na terenie swojego magazynu Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. Tym samym, w tej kwocie Wykonawca uwzględnił zarówno (i) rozładunek oraz załadunek, jak i (ii) opłatę za składowe. W świetle powyższego, nawet jeżeli zaistnieje konieczność uruchomienia omawianej stawki*

(którą Wykonawca określił w swoim cenniku na poziomie 0,05 zł netto/ 1kg), to Wykonawca zapewnił sobie godziwy zysk w zakresie powyższego.

Odnosząc się do podania jednakowych stawek netto/brutto DSV potwierdził, że*stawka wskazana w części II § 5 ust. 2 cennika dotycząca wszystkich czynności związanych z odprawą celną — w wywozie z Polski, w tym: opracowanie zgłoszenia celnego, niezależnie od liczby pozycji, wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie została wskazana w sposób prawidłowy.* DSV wyjaśnił, że *wartość tej stawki zarówno w kwocie netto jak i kwocie brutto powinna być w tym przypadku jednakowa ze względu na konieczność zastosowania stawki VAT w wysokości 0%, co wynika bezpośrednio z art. 83 ust. 1 pkt 21) ustawy z dnia 11 marca 2004 r, o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 106, ze zm., dalej: ustawa o VAT).* DSV przywołał treść ww. przepisu i wskazał, że *potwierdza, że będzie w posiadaniu stosownej dokumentacji, o której w mowa w art. 83 ust. 2 ustawy o VAT, zgodnie z którym opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają czynności, o których mowo w ust. 1 pkt 7—18 i 20—22, w przypadku prowadzenia przez podatnika dokumentacji, z której jednoznacznie wynika, że czynności te zostały wykonane przy zachowaniu warunków określonych w tym przepisie. Ponadto, DSV wskazał, że potwierdzeniem powyższego pozostaje także dotychczasowa praktyka przy realizacji tożsamej umowy na świadczenie usług celno-spedycyjnych zawartej pomiędzy UTI Poland Sp. z o.o. a Zamawiającym, gdzie konsekwentnie czynności, do których odnosi się omawiana stawka obecnego cennika objęte są zerową stawką podatku VAT.*

KONSORCJUM CEVA również zostało wezwane do przedstawienia wyjaśnień w drodze trzech skierowanych wezwań datowanych na dzień 11 grudnia 2020 r. Pierwsze z wezwań oznaczone nr IU/ZZZ/12457/20 dotyczyło 4 elementów cennika KONSORCJUM CEVA, których wartość była o 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Drugie z wezwań oznaczone nr IU/ZZZ/12458/20 dotyczyło 5 elementów cennika KONSORCJUM CEVA (w tym jeden z nich zawierał 5 podpunktów), których wartość była o 30% wyższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Trzecie z wezwań wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oznaczone nr IU/ZZZ/12459/20 dotyczyło stawki wskazanej w części II §5 pkt 2 cennika, tj. kosztów wszystkich czynności związanych z odprawą celną - w wywozie z Polski (w tym opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie), a konkretnie wątpliwości Zamawiającego w zakresie stawki podatek VAT w wysokości 23%.

W dniu 16 grudnia 2020 r. KONSORCJUM CEVA przedstawiło swoje wyjaśnienia, jednak ich treść w całości została zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, gdzie w uzasadnieniu wskazało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach i dowodach, zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa spełniają wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 UZNK, tj.: stanowią informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym i handlowym oraz posiadają wartość gospodarczą dla Konsorcjum Ceva, nie są ujawnione do wiadomości publicznej — w szczególności nie są znane szerszemu gronu odbiorców, a Konsorcjum nie udostępnia powyższych informacji publicznie, przykładowo na stronach internetowych czy w materiałach marketingowych. Dodatkowo, Konsorcjum Ceva wyraża wolę zachowania ich w poufności oraz że co do powyższych informacji Konsorcjum Ceva podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Konsorcjum Ceva w piśmie procesowym do sprawy KIO 3515/20 oświadczyło, że wyraża zgodę na odtajnienie wyjaśnień o nr IU/ZZZ/12459/20 odnoszących się stawki podatku VAT w Części II §5 ust. 2 Cennika.

Po przeprowadzeniu badania i oceny ofert Zamawiający, w dniu 18 grudnia 2020 r., poinformował o wyborze oferty Konsorcjum DSV jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Z kolei oferta KONSORCJUM CEVA została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Oferta Konsorcjum DSV uzyskała łącznie 90,47 pkt, natomiast oferta Odwołującego 78,09 pkt.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało ich do złożenia odwołań.

Izba postanowiła dopuścić wszystkich wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego, t j . wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DSV Air & Sea Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Duchnicach oraz Pekao Cargo Agencja Celna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3462/20) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KONSORCJUM CEVA Freight (Poland) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fights On Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Logmaster Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Radzyminie (sygn. akt KIO 3515/20).

Izba oddaliła opozycję konsorcjum KONSORCJUM CEVA wobec przystąpienia konsorcjum DSV po stronie Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3462/20. Odwołujący 1 wniósł o niedopuszczenie DSV do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego podnosząc, iż, w jego ocenie, złożone przystąpienie jest nieskuteczne, zawiera brak formalny niepodlegający uzupełnieniu, bowiem do przystąpienia zostały dołączone 3 pełnomocnictwa, z czego tylko jedno z nich, tj. pełnomocnictwo z 18 grudnia 2020 r. zostało złożone w formie elektronicznej, pozostałe dwa zostały złożone w kopii.

Wpierw Izba wskazuje, że zgodnie z art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Rozpoznając opozycję zgłoszoną przez Odwołującego 1, Izba ustaliła, że DSV ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Izba dopuściła DSV do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, bowiem uznała, że skoro przystąpienie zostało złożone w formie elektronicznej, a całość została opatrzona podpisem elektronicznym profesjonalnego pełnomocnika, to jest on uprawniony do poświadczania za zgodność wszelkich dokumentów załączonych do zgłoszonego przystąpienia.

Sygn. akt KIO 3462/20

W pierwszej kolejności Izba uznała, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty DSV na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu.

Odwołujący 1 podnosił, że przyjęta przez DSV stawka podatku VAT w wysokości 0% dla ceny ujętej w Części II §5 pkt 2 Cennika jest nieprawidłowa, a tym samym popełnił błąd w obliczeniu ceny, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny oferty. Zgodnie z uchwałami Sądu Najwyższego III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 błędem w obliczeniu ceny skutkującym koniecznością jej odrzucenia jest zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT.

W niniejszej sprawie rozstrzygnięcia Izby wymagało, czy zastosowanie przez DSV0% stawki podatku od towarów i usług w zakresie kosztów wszystkich czynności związanych z odprawą celną było działaniem prawidłowym. Odwołujący 1 wywodził, że usługi te powinny zostać opodatkowane stawką podstawową, tj. 23%, natomiast DSV stał na stanowisku, że takie czynności należy opodatkować stawką preferencyjną, tj. 0% stawką podatku od towarów i usług.

W ocenie Izby rację należy przyznać Odwołującemu 1. Skoro Zamawiający w Części II § 5 pkt 2 Cennika wskazał na konieczność wyceny wszystkich czynności związanych z odprawą celną — w wywozie z Polski (w tym: opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w eksporcie) to nie ograniczył ich palety tylko do tych o charakterze bezpośrednim. Wyliczenie podane przez Zamawiającego ma charakter przykładowy. Zatem, przedmiotem świadczenia Zamawiającego mogą być nie tylko czynności bezpośrednio związane z organizacją eksportu towarów czy też usługi związane bezpośrednio z eksportem towarów, ale też wszelkie czynności lub usługi, które nawet pośrednio związane są z eksportem towarów.

W związku z powyższym nie sposób twierdzić, że w niniejszej sprawie można zastosować stawkę 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 21 ustawy z 9 grudnia 2019 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 106), zgodnie z którym stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do usług związanych bezpośrednio z eksportem towarów: a) dotyczących towarów eksportowanych polegających na ich pakowaniu, przewozie do miejsc formowania przesyłek zbiorowych, składowaniu, przeładunku, ważeniu, kontrolowaniu i nadzorowaniu bezpieczeństwa przewozu, b) świadczonych na podstawie umowy maklerskiej, agencyjnej, zlecenia i pośrednictwa, dotyczących towarów eksportowanych. Gdyby zakres działań miał dotyczyć wyłącznie usług, które mogą podlegać opodatkowaniu 0% stawką VAT treść Cennika powinna wskazywać, że przedmiotem wyceny mają być np. koszty wszystkich czynności bezpośrednio związanych z odprawą celną — w wywozie z Polski (tj. opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w eksporcie). Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 stycznia 1998 roku I SA/Ka 987/96 *ustawodawca nie sformułował zamkniętego katalogu usług związanych bezpośrednio z eksportem towarów, nie oznacza to jednak, że w grę wchodzi każda czynność nakierowana na eksportowany towar. Czynność ta musi być podobna w swym charakterze do przykładowo wymienionych w przepisie. Wymienione w przepisie czynności dotyczą wyraźnie już samego etapu ekspediowania towaru do zagranicznego odbiorcy*.

Oznacza to, że prawo do zastosowania stawki 0% wyłącznie dla czynności związanych bezpośrednio z eksportem towarów jest reglamentowane i korzystają z niej usługi, które ściśle wiążą się z realizacją transakcji eksportowej. Tym samym nie obejmują one wszystkich czynności związanych z odprawą celną. Jako przykład takich czynności Izba uznała czynności wskazane przez Odwołującego 1 w postępowaniu odwoławczym KIO 3515/20, gdzie Odwołujący 1 był Przystępującym i podawał jako przykłady następujące czynności: obsługę zewnętrznego systemu kontroli w eksporcie, analizy prawne, druk naklejek, artykuły niezbędne do zabezpieczenia palet, druki neutralne AWB, tłumaczenia (czy to faktur czy też innych dokumentów), gdzie do wszystkich ww. czynności zastosowanie będzie miała stawka 23%. Równocześnie już w samych wyjaśnieniach Konsorcjum Ceva wskazało, że przykładem innej czynności niezwiązanej bezpośrednio z eksportem, ale koniecznej do przeprowadzenia w przypadku niejasności taryfowych jest np. pozyskanie w imieniu Zleceniodawcy Wiążącej Informacji Taryfowej za pośrednictwem PUESC, czy też uzyskanie świadectwa pochodzenia towaru, wykonanie dokumentacji fotograficznej lub technicznej, albo tłumaczenie dokumentów obcojęzycznych. Odniesienie się do powyższych przykładów przez DSV było pobieżne i w zasadzie koncentrowało się na zanegowaniu tezy bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia. Zresztą opis czynności zleconych przez Zamawiającego ma charakter orientacyjny, dotyczy towarów i sytuacji typowych oraz może ulec zmianie, co w zasadzie nadaje mu postać zdarzenia przyszłego i niepewnego.

W ocenie Izby wszystkie czynności związane z odprawą celną nie stanowią też jednej usługi kompleksowej, są to pojedyncze czynności, do których stosuje się zarówno stawkę 0%, jak i stawkę 23% VAT. W ramach „wszystkich czynności związanych z odprawą celną" nie będą znajdować się takie świadczenia, które można uznać za świadczenie główne i pomocnicze. Jak słusznie zauważył Odwołujący 1 przykładowo wystąpienie o uzyskanie Wiążącej Informacji Taryfowej (23% VAT) nie jest świadczeniem pomocniczym np. wobec opracowania zgłoszenia celnego (0% VAT). W przypadku gdy transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich jest ona dokonywana, w celu określenia, czy chodzi o dwa lub więcej świadczenia odrębne, czy też o świadczenie jednolite (tak m.in. wyrok TSUE z dnia 29 marca 2007 roku, sygn. C-111/05). Zatem zasadą jest, iż każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne i dopiero gdy zostanie uznane, że co najmniej dwie czynności dokonywane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter to do całości świadczenia może mieć zastosowanie jedna stawka VAT (tak m.in. wyroki TSUE: z dnia 18 stycznia 2018 r, sygn. C-463/16).

Izba podzieliła również argumentację Odwołującego 1, że potwierdzeniem dokonania eksportu jest wygenerowanie odpowiedniego komunikatu przez władze celne (w tym również innych państw UE), a więc instytucje na funkcjonowanie których wykonawca nie ma wpływu. W przypadku opóźnienia wydania takiego komunikatu w momencie wystawienia faktury nie jest możliwe udokumentowanie zgodnie z wymaganiami ustawy VAT, iż taki eksport został dokonany. W konsekwencji, z przyczyn niezależnych od wykonawcy, tj. braku dostarczenia lub wygenerowania odpowiednich dokumentów przez podmioty trzecie, wykonawca może nie być uprawniony do zastosowania stawki 0% VAT. Potwierdza to wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 lutego 2017 r. I FSK 1253/15, gdzie wskazano, że *zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami dla zastosowania 0% stawki podatku VAT z tytułu eksportu towarów niezbędne jest otrzymanie przez podatnika, przed złożeniem deklaracji podatkowej za dany miesiąc, dokumentu potwierdzającego wywóz towaru poza terytorium Wspólnoty. W razie ostatecznego nieotrzymania tego dokumentu mają zastosowanie stawki właściwe dla dostawy tego towaru na terytorium kraju (…) okoliczność faktycznego wywozu towarów udokumentowanego spornymi fakturami z terytorium kraju na Białoruś i jedynie z uwagi na fakt, że spółka nie posiadała dokumentów celnych potwierdzających wywóz towarów poza terytorium kraju, tj. z uwagi na fakt, że spółka nie spełniała warunków zastosowania stawki 0%, określonych w art. 2 pkt 8 w związku z art. 41 ust. 6 ustawy VAT, do spornych transakcji na podstawie art. 41*

ust. 7 ustawy VAT, zastosowanie znajduje podstawowa stawka VAT, właściwa dla dostaw realizowanych na terytorium kraju.

Równocześnie Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom DSV, art. 41 ust. 6a ustawy VAT zgodnie z którym dokumentem, o którym mowa w ust. 6, jest w szczególności: 1) dokument w formie elektronicznej otrzymany z systemu teleinformatycznego służącego do obsługi zgłoszeń wywozowych albo potwierdzony przez właściwy organ celny wydruk tego dokumentu; 2) dokument w formie elektronicznej pochodzący z systemu teleinformatycznego służącego do obsługi zgłoszeń wywozowych, otrzymany poza tym systemem, jeżeli zapewniona jest jego autentyczność; 3) zgłoszenie wywozowe w formie papierowej złożone poza systemem teleinformatycznym służącym do obsługi zgłoszeń wywozowych albo jego kopia potwierdzona przez właściwy organ celny) określa termin, gdyż odwołuje się do ust. 6 gdzie wprost wskazano, że stawkę podatku 0% stosuje się w eksporcie towarów, o którym mowa w ust. 4 i 5, pod warunkiem że podatnik przed upływem terminu do złożenia deklaracji podatkowej za dany okres rozliczeniowy otrzymał dokument potwierdzający wywóz towaru poza terytorium Unii Europejskiej.

Izba podnosi także, że zastosowanie stawek preferencyjnych VAT powinno być interpretowane ściśle i nie należy ich interpretować w sposób rozszerzający, co potwierdza jednolite stanowisko sądów administracyjnych, min. wyrok z dnia 13 listopada 2020 r, sygn. I SA/Kr 921/20; z dnia 25 lutego 2020 r, Sygn. III SA/Wa 1390/19; z dnia 4 grudnia 2019 r, sygn. I SA/Gd 1473/19; z dnia 27 czerwca 2019 r, sygn. III SA/Wa 2702/18; z dnia 23 czerwca 2017 r, sygn. I SA/Kr 232/17. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku o sygn. C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs and Excise, dał prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kliku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być interpretowane ściśle. Ochrona tej zasady została także zaakcentowana w stanowisku Rzecznika Generalnego wydanego w tej sprawie *szósta dyrektywa ustanawia, niezależnie od określonych opcji dostępnych dla państw członkowskich, wyczerpujący katalog transakcji zwolnionych lub opodatkowanych według obniżonej stawki podatkowej. Jej celem jest zharmonizowanie w jak największym stopniu opodatkowania VAT i wyłączenie w ten sposób zakłócenia konkurencji*. Zatem, tylko ścisłe podejście do regulacji związanych z preferencyjnymi stawkami podatku od towarów i usług jest gwarantem zachowania zasad konkurencji na rynku UE i w tym zakresie organy krajowe (zarówno organy podatkowe, jak również sądowe i pozasądowe organy orzekające) są zobligowane do takiego, tj. ścisłego stosowania tych regulacji. W przeciwnym wypadku, może dojść do nieporównywalności ofert na skutek nieprawidłowego zastosowania preferencyjnych stawek podatku VAT.

Dalej, Izba wskazuje, że złożone przez DSV wyjaśnienia w zakresie zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% są lakoniczne i ograniczają się jedynie do zacytowania przepisu ustawy oraz podkreślenia dotychczasowej praktyki stosowanej przez inny podmiot, tak jakby to owa praktyka przesądzała o zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT. Izba doszła do przekonania, ze zarówno złożone wyjaśnienia, jak i stanowisko procesowe DSV nie udowodniły, że nie doszło do zaistnienia błędu w obliczeniu ceny. DSV nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż stawka 23% nigdy nie wystąpi. Za taki dowód nie może być uznana załączona opinia podatkowa, bowiem jest to opinia prywatna będąca stanowiskiem uczestnika postępowania odwoławczego. Dowodem takim nie może być również załączona do wyjaśnień DSV faktura, z której treści wynika jednak, że dotyczy importu, a nie eksportu.

DSV potwierdziło jedynie w wyjaśnieniach, że będzie w posiadaniu stosownej dokumentacji, o której w mowa w art. 83 ust. 2 ustawy o VAT, zgodnie z którym opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% podlegają czynności, o których mowo w ust. 1 pkt 7—18 i 20—22, w przypadku prowadzenia przez podatnika dokumentacji, z której jednoznacznie wynika, że czynności te zostały wykonane przy zachowaniu warunków określonych w tym przepisie. Niemniej Izba uznała, że powyższe twierdzenie jest gołosłowne, bowiem w przypadku nieuzyskania odpowiedniego dokumentu wykonawca będzie zmuszony wystawić fakturę VAT niezależnie do przepisów znajdujących się w umowie, gdyż zgodnie z art. 106i ust. 1 ustawy o VAT termin wystawionej faktury wynosi 15 dni po zakończeniu świadczenia usługi i dostawy towaru. Nawet jeśli wykonawca uzyska wskazany dokument w terminie późniejszym to Zamawiający nie będzie mógł już odzyskać podatku VAT. Równocześnie należy wskazać, że postanowienia umowne posługują się sfomułowaniem „lub równoważny dokument" (podrozdział 11.2), który nie jest zależny od komunikatu IE 599, a który winien być urzędowo potwierdzony, co może zajmować czas.

Wymaga wskazania, iż Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 zauważył, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w każdym przypadku, gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z ustawy Pzp, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłączne w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wypełnieniem tego obowiązku, w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże właściwą stawkę podatku VAT w swojej ofercie, będzie odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający, który tego nie czyni, narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W świetle powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się zaś do zarzutu jakoby zastosowanie przez DSV do stawki z II § 5 ust. 2 cennika podatku VAT w wysokości 0% miało być niezgodne z SIWZ lub stanowiło dowód na cenę rażąco niską Izba wskazuje, że nie został on w ogóle wykazany i nie stanowi zarzutu, a raczej gołosłowne twierdzenie Odwołującego 1.

W dalszej kolejności Izba uznała, że pozostałe zarzuty podlegają oddaleniu.

Podkreślenia wymaga, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia

powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, żestrony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16).

Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08), w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem, obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

ZARZUT 1 STAWKI ZA FRACHT LOTNICZY

Odwołujący 1 zarzucił Konsorcjum DSV, że zaoferowało niezgodną z treścią SIWZ oraz stanowiącą błąd w obliczeniu ceny stawkę frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym za przewóz samolotem na trasie Nowy Jork (JFK) / Newark (EWR) – Warszawa przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto od ponad 50 kg do 100 kg włącznie (część I §1 ust. 1 pkt 2 cennika DSV). DSV zaoferował w stawkę 2,65 USD/kg. Odwołujący 1 podnosił, ze DSV nie wycenił w odniesieniu do powyżej wskazanej stawki przewozu przesyłek samolotem, a wycenił tzw. połączenie mieszane, na które składa się częściowo transport samolotem, częściowo transport samochodem.

Należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli w dokumentacji postępowania występują niejasności lub niedoprecyzowania, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Równocześnie Izba wskazuje, że odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami (tak np. w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18). Treść odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że zgodnie z Częścią I §1 Cennika Stawki FRACHTU LOTNICZEGO W TRANSPORCIE MIĘDZYNARODOWYM należało podać stawkę netto oraz brutto za przewóz samolotem, na trasie … (lotnisko/lotniska znajdujące się na terytorium kontynentalnym Stanów Zjednoczonych) - Warszawa, przesyłki skonsolidowanej (MAWB).

Natomiast żadne postanowienie SIWZ nie wskazywało jednoznacznie, że stawki frachtowe zawarte w część I §1 ust. 1 cennika mają opierać się na przewozie lotniczym rozumianym w ten sposób, że przewóz na całej trasie ma odbywać się samolotem i nie jest dopuszczalne wykonanie na jakimkolwiek elemencie trasy przewozu samochodem.

Izba podziela opinię DSV, że wydaje się, że realną intencję Zamawiającego w zakresie świadczenia wykonawcy objętego omawianą stawką najlepiej obrazuje odpowiedź na pytanie nr 37 do SIWZ z 27 listopada 2020 r., gdzie Zamawiający wskazał, że z jego strony jest brak woli ograniczania konkurencji, ponadto Zamawiający kieruje się w postępowaniu, wynikającą z przepisów ustawy o finansach publicznych i ustawy Prawo zamówień publicznych, koniecznością uzyskania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Odpowiedź ta nie wyklucza więc połączenia mieszanego, pod warunkiem że będzie ono korzystniejsze ekonomicznie. Równocześnie Zamawiający wyjaśnił w piśmie procesowym, że celowo i świadomie zrezygnował z określania warunku bezpośredniego lotu, ze względu na monopol PLL LOT S.A. w zakresie połączeń bezpośrednich. W jego ocenie dopuszczenie różnych form przewozu daje możliwość złożenia, zgodnie z zasadami ustawy Pzp, oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w postępowaniu zapewniającym konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Ponadto, Zamawiający podnosił, że użycie zamienne wyrazów samolotowy, powietrzny, lotniczy nie ma znaczenia w kontekście fikcji prawnej, którą wprowadzają m.in. przepisy konwencji warszawskiej, traktujące jako przewóz powietrzny (samolotowy, lotniczy) także przewóz lądowy (kołowy), stanowiący jego kontynuację. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 2 Konwencji o ujednostajnieniu niektórych prawideł, dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego, podpisanej w Warszawie dnia 12 października 1929 r. (Dz. U. z 1933 r. Nr 8, poz. 49 z późn. zm.) *Nic w niniejszej konwencji nie stoi na przeszkodzie zamieszczeniu przez strony w razie przewozów mieszanych w dokumencie przewozu powietrznego dotyczących innych sposobów przewozu pod warunkiem, aby postanowienia niniejszej konwencji były szanowane o ile chodzi o przewóz powietrzny*.

Izba uznała, że skoro nie ma w dokumentacji postępowania jednoznacznego postanowienia, z którego wynikałby brak możliwości dokonania przewozu mieszanego na potrzeby zaoferowania stawki frachtu lotniczego w transporcie na trasie Nowy Jork (JFK) / Newark (EWR) – Warszawa, to oferta DSV nie może być niezgodna z wymogiem, którego nie ma.

Niemniej nawet gdyby przyjąć, iż było odwrotnie to nie sposób zgodzić się z Odwołującym 1, że oferta oraz wyjaśnienia DSV zawierają informację o wykonaniu transportu mieszanego. Z wyjaśnień DSV wynika jedynie, że wycenę oferty w zakresie stawki frachtu lotniczego w transporcie międzynarodowym za przewóz samolotem na trasie Nowy Jork (JFK) / Newark (EWR) – Warszawa przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto od ponad 50 kg do 100 kg włącznie (część I §1 ust. 1 pkt 2) cennika) oparto na ofercie pochodzącej od przewoźnika lotniczego Air France/KLM. Równocześnie wskazano, że są połączenia samochodowe z CDG w poniedziałki oraz za pomocą KL w czwartki i niedziele. Nie sposób jednak uznać na tej podstawie, że intencją DSV było zaoferowanie Zamawiającemu w ramach stawek frachtowych zawartych w cenniku połączenia mieszanego, tj. uwzględniającego zarówno samolot, jak i transport samochodem. Izba podziela w tym zakresie pogląd DSV, że informacja zawarta w korespondencji mailowej od przedstawiciela przewoźnika lotniczego miała służyć jedynie zobrazowaniu systemu połączeń drogowych (które w

przeciwieństwie do połączeń lotniczych nie są publicznie dostępne), aby przekazać potencjalnemu zleceniodawcy całość informacji na temat możliwości logistycznych przewoźnika lotniczego.

Dodatkowo należy podkreślić, że lot z międzylądowaniem, czy też transport mieszany (kontynuacja przewozu przesyłki skonsolidowanej np. na „kołach"), jeśli odbywa się na tym samym dokumencie MAWB zachowuje status przesyłki lotniczej, mimo wykonania części trasy na tzw. „kołach". Jak wyjaśnił Zamawiający, zgodnie z powszechnie obowiązującą praktyką w ramach przewozów lotniczych (samolotowych) powszechnie znanym i akceptowanym jest fakt, że jako transport lotniczy (samolotowy) w ramach dokumentów przewozowych AWB (Airway Bill, lotniczy list przewozowy) i MAWB (Master Airway Bill, lotniczy list przewozowy dla przesyłek skonsolidowanych) uznawany jest tzw. trucking/Road Feeder Service, czyli usługi transportu przesyłek ciężarówkami między różnymi lotniskami realizowane na zlecenie linii lotniczych.

Dalej, Zamawiający wyjaśnił, że na lotniczych listach przewozowych AWB i MAWB wskazuje się nazwę lotniska wylotu, a lotniska docelowe są oznaczone kodami lotniskowymi (np.: WAW). Na podstawie tego dokumentu ma być dokonywany przewóz lotniczy. Jednocześnie odbywa się on pomiędzy wskazanymi w tym dokumencie punktami docelowymi. Trasa ta jest uznawana za przewóz lotniczy, także w przypadku międzylądowania i użycia transportu mieszanego.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania możliwości dokonania przez Konsorcjum DSV przewozu lotniczego oparciu o dokument AWB/MAWB, zgodny z obowiązującymi przepisami. Zresztą gdyby przewóz towarów miałby charakter odrębny (nie lotniczy/samolotowy) wystawiany byłby w miejsce lotniczego listu przewozowego AWB lub MAWB odrębny dokument przewozowy dotyczący transportu kołowego, tj. Międzynarodowy list przewozowy — CMR (franc. Convention relative a contratde transport international de Marchandise par Route), potwierdzający zawarcie umowy o przewóz kołowy. Skoro więc nie ma dokumentu CMR, transport kołowy, nawet gdyby był, stanowi kontynuację przewozu lotniczego (bez zmiany jego statusu). Reasumując, Zamawiający wymagał podania kosztu za przewóz samolotem przesyłki skonsolidowanej w ramach lotniczego listu przewozowego MAWB. Oznacza to, że lot z międzylądowaniem, czy też transport mieszany (kontynuacja przewozu przesyłki skonsolidowanej np. na „kołach"), odbywa się nadal na tym samym dokumencie MAWB, przez co zachowuje status przesyłki lotniczej, mimo wykonania części trasy na tzw. „kołach".

Równocześnie za gołosłowne Izba uznała twierdzenia Odwołującego 1, że na tej samej ofercie, którą DSV przedstawił jako dokument uwiarygadniający ustalone z przewoźnikiem lotniczym stawki dla przesyłki skonsolidowanej w przedziale wagowym powyżej 50 kg - 100 kg włącznie, DSV oparł całą swoją ofertę, czyli: wszystkie przedziały wagowe dla przesyłek 45+, czyli +100-300 kg, +300-500 kg, +500-1000 kg i powyżej 1000 kg.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się. Równocześnie Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie został ani przedstawiony ani udowodniony.

ZARZUT 2 RAŻĄCO NISKIE STAWKI ZA FRACHT LOTNICZY

Zdaniem Odwołującego 1 stawki zaoferowane w części I §1 ust. 1 pkt 2) – 6) cennika DSV należy uznać za rażąco niskie, a działanie DSV za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu stawek dumpingowych. Odwołujący 1 podnosi, że oferta pozyskana przez DSV od przewoźnika lotniczego Air France/KLM za przewóz samolotem na trasie Nowy Jork (JFK) – Warszawa przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto od ponad 50 kg do 100 kg to oferta jednorazowo (tzw. spot), a przez to niedająca rzekomo gwarancji niezmienności choćby w ciągu pierwszych miesięcy świadczenia usług na rzecz Zamawiającego.

Izba nie podziela powyższej argumentacji wskazując, że zgodnie z korespondencją mailową między przedstawicielem DSV a przedstawicielem przewoźnika lotniczego dopiero z chwilą skorzystania z systemu on-line My Cargo tego konkretnego przewoźnika lotniczego (tj. Air France / KLM), zostanie zaoferowany konkretny spot (oferta jednorazowa) na konkretny przewóz samolotem. Dopiero wówczas przedstawiona oferta będzie miała charakter jednorazowy.

Zatem stawki zaoferowane przez przewoźnika lotniczego należy uznać za mające charakter przedziału (pomiędzy 2,26 USD/kg a 2,45 USD/kg), w jakim w przyszłości będzie odbywała się współpraca podmiotów, a w konsekwencji ofertę z korespondencji mailowej należy postrzegać jaką ofertę o charakterze ogólnym, tj. znajdującym zastosowanie w dłuższym okresie czasu.

Jak słusznie zauważył DSV, gdyby oferta ta miała charakter jednorazowy, zawierałaby nie tyle przedział cenowy, co konkretną cenę za kg, a dodatkowo musiałaby obejmować konkretne parametry dla przesyłki, stanowiące podstawę dla jej przygotowania.

Odwołujący 1 zarzuca także, że nie tylko stawka za przewóz samolotem na trasie Nowy Jork (JFK) – Warszawa przesyłki skonsolidowanej (MAWB) o wadze brutto od ponad 50 kg do 100 kg opiera się na ofercie Air France / KLM, ale że pozostałe przedziały wagowe (tj. 100 kg – 300 kg, 300 kg – 500 kg, 500 kg – 1000 kg, powyżej 1000 kg) opierają się na dokładnie tej samej ofercie od tego samego przewoźnika lotniczego.

Izba również w tym zakresie nie podziela stanowiska Odwołującego 1, gdyż z wyjaśnień DSV wynika, żepozyskał szereg ofert. Wśród nich najkorzystniejszą dla stawki cennika, będącej przedmiotem zapytania Zamawiającego, była otrzymana w dniu 1 grudnia 2020 r. oferta od przewoźnika lotniczego Air France-KLM. Co oznacza, ze dotyczyła ona jedynie będącej przedmiotem wyjaśnień konkretnej stawki i tym samym nie dotyczyła innych przedziałów wagowych.

Odwołujący 1 nie wykazał również, aby kwestionowane stawki zostały zaniżone do poziomu nieuwzględniającego podstawowych kosztów ich świadczenia. Odwołujący 1 nie wykazał także, aby powyższe zaniżenie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku, a także, aby DSV zajmował na rynku pozycję dominującą oraz aby w jakikolwiek sposób tej pozycji nadużywał.

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

ZARZUT 4 OPŁATY NA MAGAZYNIE CZASOWEGO SKŁADOWANIA

Zgodnie z częścią II §7 pkt 3 i 4 Cennika dotyczącą okresu składowania przesyłek w magazynie czasowego składowania wykonawcy, DSV zaoferowało stawkę w wysokości 0,05 zł netto/kg/dzień składowania (tj. 0,06 zł brutto/kg/dzień składowania) przy jednoczesnym zwolnieniu z opłat składowego przez okres 60 dni.

DSV w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dla pozycji Części II §7 pkt 4 Cennika stwierdziło, że*Wskazana w niniejszym punkcie stawka została ustalona w ramach konsorcjum Wykonawcy z uwzględnieniem faktu, ze członek tego konsorcjum (Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o.) posiada swój własny magazyn czasowego składowania w Polsce zlokalizowany w Warszawie przy Al. Krakowskiej 106.*

Powyższe zdaniem Odwołującego 1 doprowadziło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, bowiem z informacji jakie posiada Odwołujący 1 wynika, że Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. nie posiada swojego własnego magazynu czasowego składowania przy ul. Krakowskiej 106. Dodatkowo, według Odwołującego 1, DSV nie przedstawiło żadnych kosztów, wyliczeń lub kalkulacji oraz żadnych wiarygodnych dowodów na ich poparcie. W konsekwencji powyższego cena zaoferowana przez DSV w Części II §7 pkt 4 Cennika, zdaniem Odwołującego 1, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto DSV dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zaoferowaniu stawki dumpingowej, co oznacza, że oferta DSV winna zostać odrzucona także na tej podstawie.

Z powyższymi stwierdzeniami nie sposób się zgodzić. Po pierwsze Izba ustaliła, że konsorcjant DSV - Pekao Cargo Agencja Celna Sp. z o.o. posiada umowę najmu zawartą z Airnet Sp. z o.o. (str. 32 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), uzyskał pozwolenie na prowadzenie magazynu czasowego składowania (str. 89-93 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Oznacza to, że ani z treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani z treści oferty, czy tez wyjaśnień składanych przez DSV nie wynika, aby którykolwiek z konsorcjantów pozostawał właścicielem nieruchomości znajdującej się w Warszawie przy Al. Krakowskiej 106.

Po drugie, Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca posiadał tytuł własności do magazynu, Zamawiający wymagał jedynie dysponowania magazynem (zgodnie z podrozdziałem 6.4 ust. 1 IPU), a zatem prawem do dysponowania na podstawie zawartej chociażby umowy najmu. Tak też wyjaśnił DSV podnosząc, że jego konsorcjant posiada w związku z prowadzoną działalnością taki magazyn i ponosi bieżące koszty jego działalności (np. koszty najmu, elektryczność, ochrona). Na potrzeby wykorzystania tego magazynu w związku z realizacją umowy dla Zamawiającego, wspomniane koszty nie zwiększą się. Pozostaną one zatem bez wpływu na koszty realizacji umowy dla Zamawiającego i będą stanowiły w tym sensie, swojego rodzaju, koszty ogólne DSV, które ten poniesie niezależne od realizacji umowy dla Zamawiającego. Natomiast nawet jeśli w powyższym zakresie zaistnieją jakiekolwiek koszty, to wskazany przez DSV koszt 500 zł (zgodnie z umową konsorcjum i wyjaśnieniami przedłożonym w zakresie rażąco niskiej ceny) je zrekompensuje.

Ponadto, Odwołujący 1 kwestionując ww. stawki nie przedstawił wyliczeń, które podważałyby nieopłacalność w odniesieniu do kwot przedstawionych przez DSV, jedynie ofertę sporządzoną po terminie składania ofert na wynajem magazynu o znacznie większej powierzchni wraz z kosztami biurowymi, których to DSV nie ponosi w tamtej lokalizacji.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK nie potwierdził się.

ZARZUT 5 – WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia DSV z postępowania, pomimo tego, że DSV co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. informacje udzielone przez DSV w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczącego pozycji Części Ii §7 pkt 4 „Cennika", zgodnie z którym Pekao będący członkiem Konsorcjum DSV „posiada swój własny magazyn czasowego składowania w Polsce zlokalizowany przy Al.. Krakowskiej 106", co ostatecznie doprowadziło do tego, że Zamawiający uznał, iż stawka zaoferowana przez DSV w Części II §7 pkt 4 „Cennika" nie jest rażąco niska.

Izba wskazuje, że prowadzone postępowanie jest zamówieniem w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych reżim udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stanowi swoiste wyłączenie spod obowiązku stosowania dwóch podstawowych reżimów: klasycznego i sektorowego. Reżim ten reguluje kwestie wykluczenia wykonawców z postępowania w sposób szczególny, przewidziany w art. 131e ustawy Pzp, co oznacza, że do wykluczania wykonawców z tych postępowań nie stosuje się bezpośrednio art. 24 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również doktryna stwierdzając, że art. 131e ustawy Pzp stanowi odrębny katalog w stosunku do zawartego w art. 24 ustawie Pzp. Przesądzającym jest także sam fakt, że ustawa Pzp wprost odwołuje się w Rozdziale IVa do poszczególnych przesłanek, o których mowa w art. 24 ustawy Pzp, określając przez to zakres ich stosowania w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Zgodnie z art. 131e ust. 1 i 1b ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się: 1) wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 13, z wyłączeniem wykonawców skazanych za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, i pkt 14, gdy osoba o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13, z wyjątkiem przestępstw, o których mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu; 2) (uchylony); 3) (uchylony); 4) wykonawców będących osobą fizyczną, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, jeżeli, odpowiednio, w stosunku do takiej osoby, wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego, lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem podjęto decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ust. 11 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742); 5) wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych; 6) wykonawców, którzy mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie, niż państwa, o których mowa w art. 131d ust. 1, z zastrzeżeniem art. 131d ust. 2.

Zgodnie z art. 131e ust. 1b w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 1) o którym mowa w art. 24: a) ust. 1 pkt 13 lit. a, jeżeli został skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 lub art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, b) ust. 1 pkt 14, gdy osoba, o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 lub art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, c) ust. 5; 2) będącego osobą fizyczną, która naruszyła zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia; 3) jeżeli urzędujący członek jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnik spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub

komandytowo-akcyjnej lub prokurent naruszył zobowiązania dotyczące bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

Powyższe przepisy zawierają enumeratywny i wyczerpujący katalog sytuacji, których wystąpienie skutkować powinno wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W katalogu tym próżno szukać przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył DSV zastosowanie przepisów dla zamówień klasycznych w przypadku postępowań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa jest możliwe jedynie w przypadkach, gdy przepisy ustawy Pzp stanowią wyraźne odesłanie do poszczególnych przepisów.

W związku z powyższym w niniejszym stanie faktycznym nie miały zastosowania przepisy dotyczące przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w konsekwencji Izba postanowiła powyższy zarzut oddalić.

ZARZUT 6 ZANIECHANIE WYBORU OFERTY ODWOŁUJĄCEGO 1 JAKO NAJKORZYSTNIEJSZEJ

Izba uznała, że powyższy zarzut potwierdził się, bowiem Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty DSV z uwagi na podaną błędną stawkę podatku VAT.

ZARZUT 7 ZANIECHANIE WEZWANIA DSV DO DODATKOWYCH WYJAŚNIEŃ W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY

Z ostrożności procesowej Odwołujący postawił również zarzut ewentualny polegający na zaniechaniu wezwania DSV do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, podnosząc, że wezwanie takie powinno dotyczyć również pozostałych stawek zaoferowanych przez DSV w Części I §1 pkt 1 „Cennika" (tj. ppkt 3-6 bez ppkt 2, tj. przedziału wagowego 50kg - 100kg, w stosunku do którego Zamawiający wystosował już takie wezwanie).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i poweźmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ustawa Pzp nie zwalnia Odwołującego z ciężaru dowodowego. Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego", czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska". Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. Odwołujący 1 nie wskazał zaś żadnych dodatkowych, czy innych obiektywnych okoliczności faktycznych. (vide: wyrok Izby z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 1935/19).

Odwołujący 1 nie jest zwolniony z obowiązku dowiedzenia tez w zakresie zarzutów odwołania, tylko dlatego, że to Zamawiający w trybie art. 90 ustawy Pzp ma przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Jeżeli Odwołujący 1 uważa, że takie postępowanie winno być przeprowadzone, to w tym zakresie powinien przeprowadzić rzeczową argumentację, której zabrakło. Nie jest w ocenie Izby wystarczające jedynie proste wskazanie, że do podanych kwot DSV winien doliczyć odpowiednią marżę, dającą możliwość osiągnięcia zysku. Nie przytoczono, choćby fragmentarycznie, istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowych wymogów dotyczących realizacji tego zamówienia i nie wskazano w jaki sposób przekładają się one na koszty realizacji zamówienia. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (vide: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10). Równocześnie Odwołujący 1 w sposób błędny zakłada ponownie, że wszystkie kwoty wskazane w Części I §1 pkt 1 „Cennika" (tj. ppkt 3-6 bez ppkt 2) zostały oparte o wycenę znajdującą się w ofercie Air France/KLM.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że powszechnie stosowaną praktyką jest uwzględnienie niższych stawek w kolejnych przedziałach wagowych (wraz ze wzrostem tonażu), co potwierdza choćby treść oferty złożonej przez Odwołującego 1 oraz dotychczasowe doświadczenie w tym zakresie Zamawiającego. Zamawiający nie miał więc podstaw do kwestionowania i dodatkowego wyjaśniania podanych kwot, skoro nie budziły one jego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania.

Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący 1 nie wykazał, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

ZARZUT 8 ZANIECHANIA UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA

Ostatni z zarzutów Odwołującego 1 (o charakterze ewentualnym) wiąże się z zarzutem odnoszącym się do stawki podatku VAT za czynności wskazane w części II § 5 ust. 2 cennika wykonawców. Odwołujący 1 przyjął, że skoro dwóch wykonawców w zupełnie inny sposób zastosowało podatek VAT (jeden z nich wskazał stawkę 23%, drugi stawkę 0%) to oferty są nieporównywalne, a postępowanie podlega unieważnieniu.

Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie potwierdził się, bowiem Zamawiający winien ofertę DSV odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 3515/20

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu jako bezzasadne.

W pierwszej kolejności Odwołujący 2 zakwestionował wysokość zaoferowanej przez Konsorcjum CEVA stawki w Części II §5 ust. 4 Cennika, stanowiącego element oferty wykonawcy, której wartość netto wynosi 15,75 zł, uznając że jest niezgodna z treścią SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie uwzględnia kosztów wskazanych w uwagach znajdujących się pod §5 ust. 4 Cennika, tj: (i) koszt rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanym przez operatora portu lotniczego lub morskiego (poza magazynem wykonawcy) wg cennika operatora, (ii) koszt delegacji/pracy funkcjonariusza celnego wg urzędowych stawek, (iii) Jeśli w trakcie rewizji w ww. magazynie portowym jest niezbędna obecność delegowanego przedstawiciela wykonawcy — wg kosztów delegacji tego przedstawiciela, które są rozliczane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia

2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej.

Odwołujący 2 podnosił, że stawka wskazana przez Konsorcjum CEVA nie uwzględnia kosztu delegacji/pracy funkcjonariusza celnego, która zgodnie z §3 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. w sprawie stawek opłat oraz sposobu ich obliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 375) wynosi 30 zł za każdą rozpoczętą godzinę pracy funkcjonariusza Służby Celno-Skarbowej, w tym za czas niezbędny na dojazd oraz za opóźnienia i przerwy w ich wykonywaniu, niezawinione przez funkcjonariusza Służby Celno-Skarbowej. Stawka zaoferowana przez KONSORCJUM CEVA, zdaniem Odwołującego 2, nie uwzględnia również rezerwy na koszt rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanym przez operatora portu lotniczego lub morskiego (poza magazynem wykonawcy), który powinien być ustalony w oparciu o cennik operatora oraz nie uwzględnia kosztu delegacji przedstawiciela wykonawcy zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz.U. z 2013 r. poz. 167). Odwołujący 2 zwracał uwagę, że żaden z wykonawców nie miał podstaw, aby przyjąć optymistyczne (z punktu widzenia wyceny omawianej stawki) założenie, że wszystkie rewizje będą odbywały się na terenie Portu Lotniczego w Warszawie (co teoretycznie mogłoby skutkować brakiem konieczności doliczenia do omawianej stawki diety na czas delegacji pracownika).

Izba uznała, że KONSORCJUM CEVA w swoich wyjaśnieniach, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, potwierdził, że zaoferowana stawka jest zgodna z SIWZ.

Odnosząc się do kosztu rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanym przez operatora portu lotniczego lub morskiego (poza magazynem wykonawcy) wg cennika operatora, Konsorcjum Ceva załączyła do wyjaśnień cennik operatora, a do pisma procesowego - odpowiedź dyrektora działu cargo wskazująca w jaki sposób ten koszt został odzwierciedlony. Izba zauważa również, że zgodnie z Częścią II §5 pkt 1 i 2 Cennika należało wskazać koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną — w przywozie do Polski (w tym : opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), opracowanie zgłoszenia tranzytowego(niezależnie od liczby pozycji) przedstawienie do odprawy celnej i odbiór/nadanie przesyłki w imieniu klienta w miejscu odprawy (tj. w oddziale celnym w Warszawie lub innym oddziale celnym na terytorium RP) wraz z czynnościami Wykonawcy związanymi z rewizją celną lub wstępną przesyłki (o ile wymagana) oraz koszty wszystkich czynności związanych z odprawą celną —w wywozie z Polski (w tym : opracowanie zgłoszenia celnego (niezależnie od liczby pozycji), wraz z wystawieniem listu lotniczego AWB i nadaniem przesyłki, oraz rewizja celna/kontrola bezpieczeństwa w exporcie. Równocześnie Izba wskazuje, że cenniki przedłożone na rozprawie przez Odwołującego 2 dotyczą handlingu, a stawka handlingu została określona w §1 pkt 3 ppkt 2 i 3 cennika. Natomiast §5 ust. 4 nie wskazywał na obowiązek uwzględnienia kosztu handlingu, tylko kosztu rewizji.

Odnosząc się do kosztu delegacji/pracy funkcjonariusza celnego Izba wskazuje, że zgodnie z §3 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej ustala się stawkę opłaty za czynności podejmowane w wyniku wykonywania, na wniosek osoby zainteresowanej, czynności przewidzianych w przepisach prawa celnego w miejscu innym niż urząd celno-skarbowy lub poza czasem pracy urzędu celno-skarbowego w wysokości 30 zł za każdą rozpoczętą godzinę pracy funkcjonariusza Służby Celno-Skarbowej, w tym za czas niezbędny na dojazd oraz za opóźnienia i przerwy w ich wykonywaniu, niezawinione przez funkcjonariusza Służby Celno-Skarbowej. Zatem, po pierwsze dotyczy to tylko sytuacji, w której czynności celnika wykonywane są na wniosek osoby zainteresowanej, a nie zarządzane przez funkcjonariuszy Służby Celnej. Nadto, stawka 30 zł obowiązuje jedynie gdy rewizja będzie się odbywała w miejscu innym niż urząd celno-skarbowy lub poza czasem pracy urzędu celno-skarbowego. Zgodnie zaś z §III ust. 4 SIWZZleceniodawcy będą w Polsce udzielali Wykonawcy zleceń spedycyjnych, na podstawie umowy ramowej, w imieniu własnym, przy czym: Odprawy celne, wywozowe i przywozowe, na obszarze celnym Unii Europejskiej, będą dokonywane: 1) zasadniczo na terytorium Polski: a) w urzędach celnych przywozu i wywozu, właściwych dla: - siedzib Zleceniodawców (importerów/eksporterów przesyłek), lub - jednostek wojskowych, będących odbiorcami/nadawcami przesyłek, lub - portów lotniczych, morskich, lub innych przejść granicznych; b) poza miejscami odpraw celnych, w miejscach uznanych przez urząd celny (w jednostkach wojskowych) — w przypadku niektórych kategorii przesyłek sprzętu wojskowego lub materiałów niebezpiecznych w przewozie; 2) sporadycznie w urzędach celnych innych państw należących do Unii Europejskiej. Zatem, Zamawiający zakłada, że odprawy celne, w tym rewizje, co do zasady będą wykonywane na terenie urzędu celnego lub w miejscu uznanym przez urząd celny do dokonania takich czynności. Ponadto, biorąc pod uwagę liczbę jednostek organów celnych obejmujących zasięgiem całe terytorium Polski istnieje możliwość zorganizowania pracy w taki sposób, aby przeprowadzenie czynności odbywało się w godzinach pracy urzędu.

Odnosząc się do kosztu delegacji pracownika Izba wskazuje, że zgodnie z uwagą Zamawiającego jeśli w trakcie rewizji w magazynie portowym jest niezbędna obecność delegowanego przedstawiciela Wykonawcy — wg kosztów delegacji tego przedstawiciela, które są rozliczane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Powyższe oznacza, że jeżeli w trakcie rewizji wykonawca nie przewiduje poniesienia powyższych kosztów, to nie musi uwzględniać ich w stawce zaoferowanej w Części II S 5 pkt 4 Cennika. Dodatkowo, wyjaśnienia Konsorcjum Ceva potwierdziły, że czas potrzebny na dojazd, rewizję oraz powrót pracownika wykonawcy nie wyniesie więcej niż 8 godzin, a więc pracownikowi takiemu nie będzie przysługiwała dieta z tytułu delegacji, o której mowa w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej.

[redacted]Odnosząc się do zarzutu związanego z błędem w obliczeniu ceny w zakresie stawki z części II §5 ust. 2 cennika Konsorcjum Ceva Izba uznała, że również podlega on oddaleniu. Konsorcjum CEVA wskazało w części II §5 ust. 2 cennika stawkę netto w wysokości 90 zł, zaś kwota brutto została wskazana na poziomie 110,70 zł. Zdaniem Odwołującego 2 doliczenie przez Konsorcjum CEVA stawki podatku VAT w wysokości 23% jest niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami tj. ustawą o VAT. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący 2 przytoczył treść art. 83 ust 1 pkt 21 ustawy o VAT, po czym stwierdził, że w przypadku stawki zawartej w części II §5 ust. 2 cennika niezbędne było zastosowanie stawki 0% VAT i konsekwentnie wskazanie jednakowej wartości netto i brutto ceny.[redacted] Izba podziela podgląd Odwołującego 2, że skoro Zamawiający nie podał w postępowaniu stawki podatku VAT, która winna znaleźć zastosowanie, to winien każdorazowo badać, czy wykonawca zastosował do kalkulacji ceny stawkę VAT w prawidłowej wysokości, a przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny.[redacted]

Niemniej w niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, że to oferta Odwołującego 2 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, a nie oferta Konsorcjum Ceva. Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie zarzutu związanego z podaniem błędnej stawki podatku VAT jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 3462/20, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie. Tym bardziej, że w odniesieniu do powyższego zarzutu, Odwołujący 2 ograniczył się do ogólnikowego i lakonicznego uzasadnienia, które sprowadziło się do przytoczenia przepisu z ustawy o VAT oraz orzecznictwa dotyczącego odrzucenia oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Nie sposób więc uznać, aby Odwołujący sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu w powyższym zakresie.

Odnosząc się do zastrzeżonych dokumentów Izba uznała, że przełożone wyjaśnienie jest wystarczające do objęcia całości wyjaśnień (pierwszych i drugich) tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Ceva w dniu 16 grudnia 2020 r. winny zostać odtajnione, ponieważ wykonawca nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą oraz że zostały podjęte działania w celu zachowania tych informacji w poufności.

Izba podziela pogląd Konsorcjum Ceva, że w niniejszym stanie faktycznym złożone wyjaśnienia dotyczyły konkretnych, pojedynczych świadczeń wskazanych w cenniku, które są objęte oddzielną, niezależną marżą. Informacje o wysokości i sposobie obliczenia tej marży mogą więc podlegać utajnieniu, jeśli nie były one ujawniane do wiadomości publicznej. Wyjaśnienia Konsorcjum Ceva zawierały również kalkulacje, oferty i wyceny, pozyskane od kontrahentów. Ponadto, poza informacjami typowo handlowymi dotyczącymi stosowanych cen, kalkulacji, metodyk wycen, marż, warunków handlowych, faktur VAT, wyjaśnienia zawierają informacje o organizacyjnym charakterze, w szczególności w zakresie linii i połączeń lotniczych z jakich zamierza korzystać wykonawca przy wykonywaniu umowy. Dodatkowo, wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się w ich szczególnym zestawieniu. Które całościowo budują przewagę konkurencyjną. Równocześnie wykonawca załączył do uzasadnienia dowody w postaci umów i oświadczeń o zachowaniu poufności oraz wyjaśnił, że
podjął szereg konkretnych działań ukierunkowanych na zachowanie zastrzeżonych informacji w tajemnicy.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11. Ust. 2 UZNK.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie
art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: ……..……..

……..……..

……..……..